

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

NATHANIEL DE VASCONCELOS REBOUÇAS

PUNITIVE DAMAGES: uma análise econômica de sua viabilidade no
sistema de responsabilidade civil brasileiro

Brasília
2013

NATHANIEL DE VASCONCELOS REBOUÇAS

PUNITIVE DAMAGES: uma análise econômica de sua viabilidade no sistema de responsabilidade civil brasileiro

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, como requisito obrigatório para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Othon de Azevedo Lopes.

Brasília

2013

NATHANIEL DE VASCONCELOS REBOUÇAS

PUNITIVE DAMAGES: uma análise econômica de sua viabilidade no sistema de responsabilidade civil brasileiro

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, como requisito obrigatório para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Othon de Azevedo Lopes.

Aprovada em / /

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Othon de Azevedo Lopes
(orientador)

Profa. Mestre Suzana Borges Viegas de Lima
(membro da banca)

Profa. Dra. Inez Lopes
(membro da banca)

Profa. Mestre Carolina Fernandes do Vale
(suplente)

Dedico este trabalho aos meus pais, Helder e Liana,
por iluminarem os percursos dessa caminhada e
tornarem menores as pedras encontradas.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador Prof. Dr. Othon de Azevedo Lopes, pelo precioso auxílio e pela atenção sempre gentilmente concedida. Aos demais membros da Banca Examinadora, Profa. Suzana Borges Viegas de Lima e Profa. Inez Lopes pela cordialidade e prontidão na participação dessa Banca.

Ao meu irmão Nicholas e aos meus pais Helder e Liana pelo apoio de cada dia. À Ana Luísa, companheira inigualável, por sua motivação e estímulo.

Aos meus colegas de turma e professores, pelas lições e momentos partilhados.

RESUMO

O sistema de responsabilidade civil contido no Código Civil de 2002 consagra a restituição ao *status quo ante* como pedra de toque desse modelo indenizatório, dando ênfase ao caráter meramente reparatório da indenização. Muito embora esse sistema funcione muito bem em acidentes corriqueiros ou danos eventuais onde as partes não agiram com má-fé ou não violaram gravemente e intencionalmente um dever de cuidado, sob uma perspectiva da análise econômica do direito e à luz dos conceitos econômicos aduzidos nesse trabalho visualiza-se um quadro onde o sistema meramente reparatório não cumpre a função dissuasória necessária para evitar algumas condutas danosas, mormente em situações onde o benefício econômico que um agente tem com a prática de uma conduta danosa é maior que a eventual reparação à qual terá de submeter. Nesse trabalho advoga-se não só pela possibilidade de implementação de um sistema indenizatório punitivo mas pela necessidade de tal mecanismo como incentivo econômico à tomada de precauções por empresas e indivíduos que, em determinadas situações, não são suficientemente compelidos a evitar uma prática danosa (que por vezes ataca direitos fundamentais da vítima) quando adstritos a um sistema de lógica meramente reparatória.

Palavras Chave: Responsabilidade Civil. Indenizações punitivas. Perspectiva funcionalista. Função preventiva. Função dissuasória.

ABSTRACT

The system of liability contained in the Civil Code of 2002 establishes the restitution to the status quo ante as a touchstone of this indemnity model , emphasizing merely the reparative nature of indemnity. Although this system works very well in everyday accidents or damage which the parties did not act in bad faith or not seriously and intentionally violated a duty of care , from the perspective of the economic analysis of law and in the light of economic concepts put forward in this work, we can see a framework where the reparatory system does not meet the necessary deterrent function to prevent some damaging behaviors , particularly in situations where the economic benefit that an agent has with the practice of misconduct is greater than the repairs to the view which must submit . This work is advocated not only by the possibility of implementing a punitive indemnity system but the need for such a mechanism as an economic incentive for taking precautions by companies and individuals , in certain situations , are not sufficiently constrained to avoid a harmful practice (which sometimes attacks the fundamental rights of the victim) when assigned to a system of purely reparatory logic.

Keywords: Liability. Punitive damages. Functionalist perspective. Preventive function. Deterrence.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	p.9
1	Direito & economia, o porquê de uma análise econômica.	p.10
1.1	Importância e críticas à corrente	p.10
1.2	Duas premissas teóricas	p.15
1.2.1	A maximização racional	p.16
1.2.2	O Critério da eficiência	p.18
2	A responsabilidade civil no Brasil	p.22
2.1	A aplicação dos danos punitivos no Brasil e a necessidade de uma perspectiva funcional da responsabilidade civil	p. 22
3	Danos punitivos	p.30
3.1	Conceito e Origens	p.30
3.2	Fundamento econômico e modelos:	p.33
3.2.1	Modelo do múltiplo punitivo (erro na execução)	p.36
3.2.2	Modelo dos benefícios ilícitos	p.39
3.2.3	Modelo das sanções extraordinárias	p.41
3.3	A compatibilidade com a regra do art. 944 do CC: <i>status quo ante</i> do lesante e do lesado	p.43
4	Considerações Finais	p.45
	Referências	

INTRODUÇÃO

Intenta-se, no presente trabalho, realizar uma análise da viabilidade e os supostos problemas decorrentes da introdução de uma modalidade punitiva indenizatória na sistemática de responsabilidade civil brasileira.

No capítulo 1, pretendeu-se fazer uma breve introdução à escola do Direito & Economia (*Law and economics*) que desde meados da década de cinquenta do século XX ganha a força na doutrina estadunidense, mas que apenas muito recentemente gera alguma repercussão na doutrina e na jurisprudência nacionais. Nesse capítulo foi feita uma introdução a alguns conceitos econômicos que serão úteis para os demais capítulos do trabalho (custo de oportunidade, eficiência, maximização racional do bem-estar, ótimo de Pareto, ótimo de Kaldor- Hicks, etc.), bem como defender as vantagens de uma Análise Econômica do Direito (AED) e enfrentar as principais críticas a essa vertente.

No capítulo 2, o foco é a análise de como os vem sendo o entendimento jurisprudencial sobre o tema, verificando como os Tribunais se comportam quanto à possibilidade (ou não) de se introduzir indenizações de caráter punitivo na esfera civil. Nesse capítulo também é buscada uma nova forma de se enxergar a responsabilidade civil, compatibilizando uma perspectiva funcionalista a formalista classicamente adotada.

No terceiro capítulo, adentra-se ao tema principal do trabalho, em que procurarei conceituar os danos punitivos e fazer a oportuna correlação dessa modalidade indenizatória com os conceitos econômicos explanados no Capítulo 1 e enfrentar os principais argumentos tendentes a rejeitar os *punitive damages* (seja pela sua suposta incompatibilidade com a dicção do Código Civil brasileiro, seja pela vedação ao enriquecimento ilícito no nosso Direito).

CAPÍTULO 1

Direito & Economia: o porquê de uma análise econômica.

1.1 Importância e críticas à corrente

Impossível negar o papel que os estudos econômicos têm no desenvolvimento das ciências sociais hodiernas. Essa importância tem sua razão de ser, dentre outros aspectos, justamente pela adoção do modelo econômico capitalista consolidado de forma mais assente em meados do século XIX. A partir desse marco, as relações dos indivíduos passaram a ser pautadas por regras tendentes a conferir direitos que viabilizassem a realização do mercado e as relações entre os Estados passaram a ser regidas por regras tendentes a possibilitar uma cooperação mercantil a fim de proporcionar ambientes propícios (ou seja, economicamente eficientes) para as trocas.

Muito antes desse processo chegar ao patamar atual de uma economia global com intenso fluxo de mercadorias entre todos os Estados, já se era possível visualizar que o nascimento de alguns direitos (alguns que posteriormente seriam considerados como fundamentais) possui um lastro muito forte com as consequências econômico-emancipatórias desses advindas.

No final do século XIX, o uso da história como instrumento analítico lançou as bases para a concepção de que a propriedade e outros direitos não seriam um problema de direito natural, mas decorreriam das contingências econômicas e sociais de determinado momento histórico. Já no início do século XX, também sob a influência da escola histórica alemã, o institucionalismo norte-americano, em reação à abordagem reducionista da teoria neoclássica e visualizando a economia inserida na complexidade do ambiente social, encontrou correspondência no meio jurídico entre os expoentes do realismo. Os realistas deram especial ênfase aos efeitos práticos das normas jurídicas, em contraposição ao formalismo que decorria de uma jurisprudência quase mecânica, fundada em métodos recorrentes a casos e a princípios abstratos.¹

Tomemos como exemplo o documento que mais tarde seria considerado como o primeiro embrião do Constitucionalismo Moderno. Voltando ao século XIII, em 1215, a Magna Carta revolucionaria ao, no ato de sua assinatura pelo Rei João, criar freios à

¹ MENDONÇA, Diogo Naves. Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e sua quantificação. São Paulo: Atlas, 2012. p. 9.

possibilidade do Estado (Rei) se imiscuir na esfera do indivíduo, limitando o exercício do poder absoluto. No seu art. 39 dispunha (tradução livre):

Art. 39: Nenhum homem livre será preso, aprisionado **ou privado de uma propriedade**, ou tornado fora-da-lei, ou exilado, ou de maneira alguma morto, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares, ou pela lei da terra.

Percebe-se do texto do seu art. 39, que a Magna Carta elencou a propriedade como um direito tão importante quantos os demais de seu rol (a vida, o devido processo legal e a liberdade individual). A dimensão negativa do direito à propriedade inaugurada pela Magna Carta tem sua gênese, entre diversos outros motivos, na necessidade de segurança jurídica para investir em sua própria propriedade, uma vez que o incentivo econômico para investir tempo e recursos em uma propriedade que poderia ser a qualquer tempo confiscada pelo Rei não propiciava a exploração da mesma em um patamar ótimo : a perspectiva de perda da propriedade para por um ato arbitrário do Rei era tão elevada que investir na propriedade para instrumentalizá-la ao mercado se tornava uma tarefa demasiadamente arriscada. A internalização desses riscos tornaria produtos caros demais para serem comercializados o que tornava esse sistema desfavorável a um emergente mercado de trocas.

Muito embora para muitos juristas pareça uma excentricidade tratar da gênese de direitos fundamentais nesses termos puramente teleológicos (e não deontológicos, como normalmente pressupõem as teorias dos Direitos Fundamentais), o que se vislumbra é que os direitos dos indivíduos têm íntima relação com a Economia e seus conceitos, e que a lógica econômica pode incrementar o complexo discurso jurídico para atingir de forma eficiente os propósitos de justiça para os quais seus documentos normativos são criados.

Tendo em vista que a legislação é o meio que Estado Moderno tem de anunciar os comportamentos que considera adequados e as sanções que considera devidas quando a conduta de um indivíduo destoia desse comportamento modelo, a sociedade considerada adequada é aquela que segue à risca o modelo de Justiça estabelecido no seu corpo normativo (ou pelo menos é o que se poderia esperar de um modelo bem sucedido de democracia representativa). Torna-se, assim, evidente que a forma como uma norma afeta os comportamentos dos indivíduos pode significar a capacidade ou não desse diploma legal de promover aquele ideal democraticamente construído de Justiça.

Por trás dessa linha argumentativa há uma importante premissa adotada pela Análise Econômica do Direito: a de que os indivíduos respondem às normas como incentivos

ou desestímulos, muito similarmente à forma como o comportamento das pessoas é diferentemente condicionado por preços no mercado, ou seja, os indivíduos analisam os custos (ponderando nesse cálculo os eventuais riscos) e os benefícios de uma conduta antes de tomá-la. Se a norma cria um “preço” (punição) muito elevado e se o Estado dispõe de um sistema eficiente para identificar e punir quem adote tal conduta (risco), possivelmente o benefício que decorre dessa conduta não será mais tão interessante ao potencial autor.

Essa influência que as leis exercem no comportamento dos indivíduos é de especial interesse dos legisladores e juristas, mas o aparato teórico do Direito não foi edificado, ao contrário da Economia, sob uma tradição *behaviorista*, o que fez com que essa pergunta sobre o efeito real das normas no comportamento das pessoas fosse respondida da mesma maneira há mais de dois mil anos perpetuada : pela intuição dos juristas combinada aos fatos pretéritos disponíveis.

O especial valor da Economia para o estudo dos *punitive damages* está no fato de que esta proporcionou uma teoria científica para prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento. Para os economistas, as sanções se assemelham a preços, e presumivelmente, as pessoas reagem às sanções, em grande parte, da mesma maneira que reagem aos preços. As pessoas reagem aos preços mais altos consumindo menos do produto mais caro; assim, supostamente, elas reagem a sanções legais mais duras praticando menos a atividade sancionada. A economia tem teorias matematicamente precisas (teoria do preço e teoria dos jogos) e métodos empiricamente sólidos (estatística e econometria) de análise dos efeitos dos preços sobre o comportamento.²

Robert Cooter reconhece que os contrastes de métodos entre o direito e a economia não podem ser negados: o primeiro é verbal, hermenêutico e se volta à justiça; a segunda é numérica, empírica e busca cientificidade. Essas são algumas das razões pelas quais o diálogo entre juristas e economistas nunca foi fácil, embora pudesse ser de alguma forma fértil.³

Apesar do complicado diálogo entre economistas e juristas, a perspectiva objetiva de que os indivíduos aderem a condutas através de incentivos de forma semelhante a como escolhem produtos em função de preços terá especial relevância quando for estudado o valor dissuasório da modalidade indenizatória punitiva.

² COOTER, Robert ; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. Ed. Porto Alegre : Bookman, 2010. p. 25.

³ COOTER, Robert. The Confluence of justice and efficiency in the economic analysis of Law. In: PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles K. (Coord.). *The origins of Law and Economics – Essays by the Founding Fathers*. Cheltenham: Edward Elgar, 2005. p. 222.

Muito embora grande parte dos teóricos relutantes a uma abordagem do direito sob o prisma da economia critiquem a premissa da maximização racional⁴ (a ser logo adiante explanada) acusando-a de inverídica e ficcional, o fato é que a teoria comportamental desenvolvida pela economia é útil para a análise e previsão da maioria dos eventos danosos corriqueiros do mundo cotidiano, mostrando-se ineficaz apenas em casos em que a conduta do agente é moldada por aspectos de substrato moral, passional ou religioso, o que não é o padrão da grande maioria das decisões tomadas pelos indivíduos ao longo de suas vidas.

No âmbito temático da Responsabilidade Civil, a análise econômica fornece um rico aparato teórico para avaliar a eficácia de uma norma diante da proposta de justiça que um determinado sistema jurídico assume. Se um sistema jurídico é voltado a evitar a ocorrência do evento danoso, é razoável presumir que uma norma eficaz será aquela que imponha limites ou sanções suficientes para desencorajar a grande maioria dos indivíduos a incidir em uma eventual prática danosa. A responsabilidade objetiva do modelo brasileiro, é um exemplo de distribuição do risco de forma a criar um desestímulo a práticas geradoras de eventos danosos.

O economista, mais do que atento aos efeitos que uma decisão judicial terá sobre as partes, está preocupado com a forma com que a aplicação da lei afetará as escolhas de pessoas que podem estar naquela mesma situação. Sua análise inicia-se muito antes do litígio, quando as partes ainda podem reorganizar suas atividades de modo a evitá-lo ou minimizar seus custos. É essa a razão pela qual a lei é vista como um mecanismo de realocação de perdas, concedendo incentivos para que se reduzam os prejuízos e se utilizem os recursos de modo mais eficiente. Se o estudioso do direito está preocupado com as consequências dos conflitos que inevitavelmente emergem da sociedade, o economista volta-se aos efeitos que as regras jurídicas possuem nos comportamentos das pessoas antes mesmo que os conflitos surjam.⁵

Há ainda uma linha doutrinária tendente a criticar a “importação” da aplicação de conceitos da Análise Econômica do Direito para países de tradição romano-germânica⁶, pois

⁴ Na lição de Rachel Stajin, “reagir contra o diálogo entre Direito e Economia, para condená-lo é posição que carece de racionalidade. Isso porque, ainda que os fatos sejam considerados sob a ótica quantitativa e empírica, própria do método econômico, em nada destrói a argumentação jurídica, qualitativa” (Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Coord.). *Direito & Economia – Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 82). O que a eminente doutrinadora expõe no trecho citado é uma crítica ao evidente equívoco que muitos cometem ao acreditar que a análise econômica do direito consiste em um radicalismo tendente a sugerir que o direito deva se curvar ao funcionamento natural do mercado, atuando cegamente em prol de um ideal de eficiência alocativa.

⁵ VELJANOVSKI, Cento. *The Economics of Law*. 2. ED. London: Institute of Economic Affairs, 2006. p. 45-46.

⁶ Sobre a dinâmica da importação de institutos de diferentes tradições jurídicas esclarece Maria Celina Bodin de Moraes: “Nos ordenamentos romano-germânicos, ao contrário, a regra de direito já está presente nos códigos e funda-se em uma teoria moral ou em uma ciência racional; o primado, portanto, será sempre da doutrina: trata-se

para essa corrente o corpo normativo de um diploma legal já elegeria explicitamente o padrão de eficiência pelo qual as relações sociais devem ser regidas, não havendo espaço para o julgador estabelecer parâmetros de ordem quantitativa de uma indenização levando em consideração o efeito dissuasório do montante arbitrado. A positivação de um Código Civil suplantaria qualquer questionamento sobre eficiência da norma, estando qualquer avaliação quanto à eficiência supostamente restrita ao momento da criação da norma, a uma avaliação *ex ante*, enquanto a postura predominante entre os estudiosos do Direito seria *ex post*.⁷

No que tange a crítica apresentada à transposição de conceitos da Análise Econômica do Direito à países de *Civil Law*, cumpre aludir que o êxito do movimento no ambiente norte-americano e o seu potencial descritivo acerca do direito consuetudinário não justificam uma rejeição à essa Escola no direito pátrio. Isso porque a recepção ainda pouco difusa do Direito e Economia em alguns países de *Civil law* explica-se muito mais por razões históricas circunstanciais do que por diferenças estruturais entre as duas famílias.⁸

Superada essa controvérsia quanto à aplicabilidade dos instrumentos da Análise Econômica do Direito em países com a tradição jurídica não estruturada sob a *common law*, cumpre citar a sábia lição de Ejan Mackaay, em que lembra que o Direito e Economia pode auxiliar na investigação do grau de eficiência da norma aplicável a um caso concreto, o que faz ainda mais sentido quando se está diante de princípios abstratos articulados em um Código Civil, capazes de expressar mais claramente a lógica econômica implícita na lei. Acrescenta-se, em última análise, um conhecimento não dogmático do sistema jurídico, constituindo um poderoso instrumento de análise doutrinária, uma ferramenta indispensável de política legislativa e um importante mecanismo para relacionar o estudo da lei com avaliações empíricas.⁹

1.2 Duas premissas teóricas

de um “direito dos professores” – os que mais a fundo conhecem aquela ciência – e que demanda, ao menos tendencialmente, uma postura neutra, autônoma e, sobretudo, universalizante (...) todavia, não obstante permaneçam estruturais as diferenças entre as duas mais importantes famílias jurídicas, é inegável a aproximação entre elas e, do nosso ponto de vista, a transposição de institutos e procedimentos típicos do direito americano é visivelmente sentida, não mais somente no âmbito do direito constitucional, mas também no que se designa tradicionalmente por direito privado.” (MORAES, Maria Celina Bodan de. *Punitive Damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas*. RTDC - Revista trimestral de Direito Civil, vol. 18, p.46, abr/jun 2004.)

⁷ Nesse ponto é enriquecedora a lição de Diogo Naves Mendonça: “confluência entre os dois ramos do conhecimento rende frutos, portanto, na medida em que favorece uma complementaridade de análises, a ensejar uma visão mais global (*ex ante* e *ex post*) do fenômeno jurídico” (MENDONÇA, Diogo Naves. *op.cit.* .p. 14).

⁸ MENDONÇA, Diogo Naves. *op.cit.* p. 16.

⁹ MACKAAY, Ejan. Law and Economics: what’s in it for us civilian lawyers. In: DEFFAINS, Bruno; KIRAT, Thierry (Coord.). *The economics of legal relationships – Law and economics in civil Law countries*. Amsterdam: Elsevier Science, 2001. v. 6, p. 37-38.

Como visto acima, os estudos de Direito e Economia sofreram (e sofrem) duras críticas quanto à sua metodologia e viabilidade. Boa parte das críticas quanto à metodologia dessa corrente buscam desqualificar as premissas que tomam como embasamento conceitos da microeconomia neoclássica (ramo da economia sobre o qual se edifica grande parte dos estudos de Direito e Economia). Duas dessas premissas têm especial relevância para esse trabalho, e são justamente essas as premissas objeto das críticas mais contundentes (e de mais difícil enfrentamento). Trata-se das premissas comportamentais segundo a qual as pessoas racionalmente maximizam o seu bem-estar e do critério da eficiência, utilizado pelos indivíduos para mensurar essa maximização do bem-estar.

A ideia de que os indivíduos pautam suas escolhas de forma a racionalmente maximizar o próprio bem-estar é o eixo central para a microeconomia estabelecer previsões de condutas individuais. As escolhas devem ocorrer por nos situarmos em um ambiente escasso de riquezas, bens e direitos, de tal sorte que a premissa acima suscitada nos remete ao raciocínio de que os indivíduos pautam as escolhas por condutas distintas com base na análise do custo de oportunidade dessa ação, ou seja, do que eventualmente perde ou deixa de ganhar com a tal escolha. Esse conceito é muito caro à Responsabilidade Civil pois os eventos danosos com relevância para o direito são na grande maioria das vezes efeitos de escolhas de condutas humanas (ou de omissões dessas condutas), de tal sorte que uma previsão acurada de como as normas ou decisões afetam as condutas das partes e da sociedade em geral pode fornecer subsídios para que o sistema de Responsabilidade Civil adotado por um corpo normativo cumpra a sua função de evitar o evento danoso.

Cumpra observar, entretanto, que essa postura metodológica que busca a compreensão do comportamento individual tem uma função eminentemente instrumental.

Essa instrumentalidade se justifica uma vez que a análise econômica ocupa-se prioritariamente de prever ou comparar variáveis antes dos fatos. Para tanto, são elaborados modelos teóricos em que se consideram ou se eliminam variáveis, sempre na tentativa de tornar o problema compreensível e, portanto, manejável. Essa análise é muitas vezes irreal, porque intencionalmente parte de premissas irreais, mas a falta de realismo não é o que se considera relevante. Do ponto de vista do economista, que tem consciência das limitações dos

pressupostos aplicados, interessa muito mais a acuidade das previsões e, especialmente, a estrutura do raciocínio utilizado para se chegar a elas.¹⁰

Duas são as principais premissas que merecem considerações mais detalhadas por instrumentalizarem a perspectiva do direito sob a ótica econômica: (i) a maximização racional e (ii) o critério da eficiência.

1.2.1 A maximização racional

A maximização racional é uma premissa cujo sentido só é percebido em um ambiente escasso, sendo assim a escassez é o ponto de partida para se entender essa premissa. Se vivêssemos em um mundo de recursos infinitos não haveria qualquer conjectura sobre a racionalização (ou seja, otimização de forma racional) das escolhas, a utilidade máxima estaria disponível a todo momento e os indivíduos não teriam que equacionar as suas alocações. Todos poderiam ter o que quisessem na medida em que quisessem. O ambiente escasso, entretanto, força os indivíduos a alocarem recursos, e a premissa da maximização racional busca explicar qual o critério motriz dessas escolhas individuais.

Como lembra Posner, Jeremy Bentham foi um dos primeiros pensadores a admitir que as pessoas atuam como maximizadores racionais de seus próprios interesses em todos os aspectos da atividade humana, e não apenas nas atividades ligadas ao mercado.¹¹ Para o utilitarismo de Bentham essa medida utilizada para mensurar a utilidade no processo de escolha dos indivíduos é nada mais que a felicidade (ou bem-estar).

A premissa de que os indivíduos são maximizadores racionais de seu bem-estar é fulcral para a Responsabilidade Civil, isso porque as escolhas de indivíduos, v.g., por dirigir enquanto utilizam o telefone celular para maximizarem o seu tempo ou de empresas se omitirem ao tomar cuidados no processo de produção para maximizar o seu lucro são apenas alguns exemplos de como a escolha racional pode ser a gênese de eventos danosos. O evento danoso pode (e assim acontece na maioria das vezes em alguns ramos como o do Direito do Consumidor¹²) nascer de uma escolha racional por maximizar uma utilidade (lucro, tempo, bem-estar, felicidade, etc.).

¹⁰ GOLÇALVES, Vítor Fernandes. A análise econômica da responsabilidade civil extracontratual, *Revista Forense*, v. 357, 2001. p. 130.

¹¹ MENDONÇA, Diogo Naves. *op.cit.* p.20.

¹² Sobre o tema, Salama leciona uma didática situação hipotética : “ (...) suponha que uma empresa saiba que seus produtos às vezes causarão danos aos seus consumidores. Por exemplo, uma empresa de transporte aéreo sabe que sempre existe a possibilidade de que haja acidentes aéreos. Quanto a empresa investirá para tornar seus

Como ensina Bruno Meyerhof Salama, a suposição de maximização racional leva ao chamado processo de decisão marginalista. Isso quer dizer que, nos processos de tomada de decisão, os indivíduos realizarão a próxima unidade de uma dada atividade se, e somente se, os benefícios dessa próxima unidade forem maiores ou iguais aos seus custos. O caminho lógico percorrido leva à intuitiva conclusão de que o indivíduo somente realizará a atividade marginal, qualquer que seja ela, se os benefícios marginais (estimados *ex ante*) forem maiores ou iguais aos custos marginais (estimados *ex ante*).¹³

Essa premissa, embora possa parecer bastante lúcida para os economistas, sofre ferrenhas críticas quando transposta para o mundo do direito. Alf Ross, nessa linha crítica, aponta que “o princípio do utilitarismo, no seu último aspecto, se apoia na pressuposição de que em toda situação prática nossa escolha pode ser reduzida a uma escolha racional entre montantes quantitativos, medidos em termos de prazer (felicidade). Se se adota a premissa de que o prazer é o intrinsecamente bom e que se deve dedicar a mesma consideração ao prazer dos outros e ao próprio, a escolha se reduz a um cômputo puramente racional. Essa pressuposição, contudo não é verdadeira. Origina-se de uma falsa psicologia. Nossas necessidades e desejos diferem qualitativamente e são mutuamente incomensuráveis. [...] Por isso, o princípio utilitarista é inaplicável em situações nas quais haja competição de muitas necessidades (interesses, considerações) qualitativamente diferentes”¹⁴.

A crítica de Alf Ross incide primordialmente sobre o aspecto reducionista da premissa da maximização racional, mas se deve sempre notar que o método empírico da economia trabalha com a racionalização de uma realidade altamente complexa em modelos simples o suficiente para tornarem essa realidade inteligível e com o grau de complexidade limitado ao suficiente para tornar suas previsões acuradas. Essa é a lição de Salama quando

voos mais seguros? Como as empresas têm por objetivo maximizar seus lucros e remunerarem seus acionistas, a resposta dependerá principalmente das seguintes variáveis: (a) dos custos para tornar produtos e serviços mais seguros (por exemplo, os custos para treinamento de pessoal, manutenção de aviões, desenvolvimento de novas tecnologias, etc.), (b) da probabilidade de ocorrência de acidentes com cada uma das possíveis tecnologias e métodos de segurança que podem ser empregados; (c) dos danos à reputação da empresa no caso de acidentes (por exemplo, por causa da diminuição da procura por passagens aéreas após um acidente); (d) dos custos relacionados à responsabilização civil por danos causados (especialmente pagamentos de indenizações a vítimas e de multas ao governo); (e) da probabilidade de que, no caso de acidentes, haja responsabilização civil ou penal da empresa ou de seus diretores (o que dependerá, dentre outras coisas, dos requisitos legais que fixarão os parâmetros para determinação da culpabilidade); e (f) dos custos para mitigar as perdas decorrentes dos acidentes, caso eles ocorram. (...) De posse dessas estimativas, a empresa irá investir para tornar seus produtos e serviços mais seguros até o ponto em que tais investimentos se paguem. Vale dizer: a empresa investirá em segurança até o ponto em que os custos marginais forem iguais aos benefícios marginais. No momento em que os investimentos em segurança causarem mais custos do que benefícios, a empresa deixará de investir em segurança.”(SALAMA, Bruno Meyerhof. Apresentação. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (Coord.). *Direito e Economia* –Textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 24.)

¹³ SALAMA, Bruno Meyerhof. Apresentação. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (Coord.). *op.cit.* p. 23.

¹⁴ ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Bauru: Edipro, 2000. p. 339-349.

ressalta a instrumentalidade da premissa da maximização racional, aduzindo que a ideia é julgar os modelos econômicos aplicáveis às condutas analisadas não pela veracidade da premissa de racionalidade, mas pela precisão empírica de suas previsões.¹⁵

Por todas essas razões, a premissa da maximização racional ocupa (associada à aplicação da Teoria dos Preços) o epicentro dos estudos cujo objeto é previsão dos efeitos que sanções (custos) ou estímulos (benefícios) realmente têm nas condutas dos indivíduos e como se fez alusão anteriormente, o valor da maximização racional está justamente na sua capacidade preditiva de realizar previsões empiricamente precisas. Como sublinha Diogo Naves Mendonça, “isso (a capacidade preditiva da premissa em debate) é ainda mais significativo quando se tem em vista o ambiente negocial, cuja análise é essencial para a apreciação econômica da responsabilidade civil, já que é esse o *locus* natural dos danos causados em massa.”¹⁶

1.2.2 O critério da eficiência

A eficiência é, para os economistas, um conceito intimamente relacionado à questão da maximização da riqueza, a qual está sempre ligada a uma análise de custos e benefícios. No entanto, a eficiência não deve ser entendida apenas como maximização do lucro, mas sim como um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe ao Estado, que deve obter a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico.¹⁷ Essa análise esbarra constantemente no problema atinente à distribuição e equidade.

Em termos técnicos, a eficiência é comumente traduzida pelos economistas em dois conceitos que a explicam de óticas (não tão) distintas: o conceito de Pareto e o de Kaldor-Hicks (em alusão aos estudiosos Vilfredo Pareto, Nicolas Kaldor e John Hicks). A eficiência nos moldes paretianos é alcançada quando, em um conjunto possível de alocações de benefícios, torna-se impossível melhorar a posição de alguém sem prejudicar a de outrem. Ou seja, uma determinada situação será eficiente caso nenhum indivíduo possa melhorar sua posição sem que pelo menos outra pessoa piore a sua.¹⁸ A eficiência paretiana pode ser especialmente inconveniente para o estudo dos *punitive damages* pois o seu modelo

¹⁵ SALAMA, Bruno Meyerhof. *op.cit.* p. 26.

¹⁶ MENDONÇA, Diogo Naves. *op.cit.* p.22.

¹⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos. Interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p 1.

¹⁸ MENDONÇA, *op.cit.* p. 23.

impossibilita qualquer alocação que não beneficie a todas as partes envolvidas em um evento danoso. No caso um acidente de aviação civil, por exemplo, qualquer decisão que venha a imputar um prejuízo a alguém (seja aos parentes das vítimas por receberem indenizações reduzidas, seja à companhia aérea por ser condenada ao pagamento de *punitive damages*) será considerada uma decisão ineficiente nesses moldes. Como bem lembra Mendonça, o critério de Pareto, além de criar o inconveniente de dificultar imensamente a realização de mudanças, especialmente em larga escala (uma melhoria não é acompanhada de uma respectiva piora), pode não ser socialmente benéfico. Isso porque, em tese, a concentração dos recursos em um só agente pode ser ótima no sentido paretiano, uma vez que qualquer realocação o deixaria em situação pior.¹⁹

A eficiência paretiana, ao considerar como eficiente uma situação em que eventualmente algumas pessoas estejam na miséria extrema e outras envoltas do mais elevado luxo acaba por aguçá-la a tensão anteriormente citada entre eficiência e distribuição. A distribuição para o direito tem um vínculo íntimo com o conceito de justiça. Esse é um dos motivos para que a utilização de considerações sobre a eficiência em ramos do direito privado pode ensejar duras rechaças.

O critério de Kaldor-Hicks, por sua vez, busca superar a restrição imposta pelo ótimo de Pareto de que mudanças somente são eficientes se nenhum indivíduo fica em posição pior. Pelo critério de Kaldor-Hicks, o importante é que os ganhadores possam compensar os perdedores²⁰, mesmo que efetivamente não o façam. Isso que dizer que o critério de Kaldor-Hicks permite que mudanças sejam feitas ainda que haja perdedores.²¹ O critério de Kaldor-Hicks leva em consideração o ganho social de uma alocação, no entanto pode se mostrar igualmente problemático para a questão distributiva, pois as situações eficientes nesse modelo não levam em consideração se o excedente positivo (ou o ganho social) de uma alocação será efetivamente distribuído para essa sociedade que, em tese, obteve incremento de sua riqueza com essa transação.

Armatya Sen acertadamente assevera que entre os perdedores podem estar pessoas que já estão à margem da sociedade “e não é nenhum consolo para elas ouvir que é possível

¹⁹ MENDONÇA, *op.cit.* p. 23.

²⁰ O mesmo autor mais adiante cita uma situação concreta para ilustrar a questão: “A prefeitura da cidade de São Paulo, recentemente, proibiu a colocação de grandes cartazes de propaganda na cidade. Houve ‘perdedores’, e disso não resta dúvida porque várias pessoas perderam seus empregos e outras tantas perderam seus negócios. Por outro lado, o sólido apoio da população à nova legislação parece indicar que os ganhos do restante da população (ou ‘ganhadores’) excederam as perdas do grupo de perdedores.” (SALAMA, Bruno Meyerhof. *op.cit.* p. 31.)

²¹ *Idem, Ibidem.*

compensá-las plenamente, mas (‘Deus do céu!’) não há nenhum plano para fazê-lo”.²² A crítica de Armatya traz a lume o fato de que os critérios de eficiência não traduzem noções de distribuição, mas tão somente uma análise de custos e benefícios para a maximização da riqueza, daí o problema de articular no direito o conceito de eficiência de forma apartada ao de distribuição.

O discurso da eficiência pode, portanto, servir a favor da concentração da renda quando completamente desprovido de um temperamento de distribuição. Assim explana de forma didática Mitchell Ponlinsky: “se a divisão pudesse ser feita sempre da maneira desejada, não haveria problemas: um bolo maior significaria pedaços maiores a todos. O problema surgirá quando, para criar um bolo maior, sua divisão tenha que ser necessariamente desigual. Nesse contexto, pode ser preferível aceitar um bolo menor (menos eficiência) em troca de uma divisão mais justa.”²³

No âmbito da responsabilidade civil podem surgir questões intrigantes face a tensão eficiência/distribuição. Caberia ao juiz levar em conta critérios de eficiência ao arbitrar o montante de uma indenização? Esse critério de eficiência é compatível com o direito mesmo se estiver completamente desprovido de considerações distributivas? Não seria mais adequado deixar questões distributivas ao legislador ou aos formuladores de políticas públicas?

Segundo autores como Robert Cooter e Thomas Ulen, a justiça distributiva é melhor alcançada quando efetivada por meio de agentes que possuem uma visão global do problema. Para a corrente seguida por esses autores, a distribuição é mais eficientemente alcançada mediante políticas públicas específicas e sistemas tributários bem formulados, do que mediante decisões tomadas por juízes togados, que na maioria das vezes não possuem o conhecimento técnico necessário para entender os impactos econômicos de suas decisões.

No ramo consumerista, por exemplo, os autores apontam que: (i) a lógica distributiva baseia-se em notícias grosseiras, gerando distorções práticas (por exemplo, na proteção de consumidores de produtos de luxo); (ii) os efeitos da distribuição podem gerar resultados perversos (como no repasse dos altos custos a todos os consumidores mediante preços ainda mais elevados); (iii) os custos transacionais da distribuição são elevados (custos decorrentes do próprio processo judicial, por exemplo); e (iv) a lógica distributiva é capaz de provocar graves distorções (por exemplo, mediante o desincentivo na atuação de determinadas áreas produtivas, com inevitável elevação de preços, também em prejuízo

²² SEN, Armatya Kumar, *Sobre ética e economia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. p. 49.

²³ POLINSKY, A. Mitchell. *An introduction to Law and Economics*. 3. ed. New York: Aspen Publishers, 2003. p. 7-8.

último do consumidor).²⁴ Na ótica seguida por esses autores, como a distribuição só faz sentido ao atentar-se ao “bolo” como um todo, não seria coerente promovê-la por meio do direito privado.

Sobre o assunto, Diego Naves Mendonça exemplifica que, em acidentes de consumo, a classe de consumidores não ficará em posição melhor, uma vez que, em um mercado competitivo, os preços dos produtos acabarão se elevando na proporção da responsabilidade esperada pelo fornecedor. É que sendo a vítima o consumidor que contratou o produto ou o serviço (havendo, portanto, uma ligação contratual com o agente que provocou o dano), ainda que se esteja diante de uma regra de responsabilidade objetiva.²⁵

Essa linha de pensamento pode se mostrar um pouco problemática quando concebida à luz do sistema normativo brasileiro, pois acaba por ir de encontro a uma ordem principiológica consagrada na legislação (como por exemplo o CDC, que introduz, ainda que indiretamente, uma espécie de distributiva com a responsabilização objetiva do fornecedor por danos causados em razão de defeito ou vício do produto ou serviço.), mas é importante para ilustrar uma eterna tensão entre aspectos de eficiência e distribuição em qualquer ramo a que se aplique a análise econômica do direito, e que essa tensão está particularmente presente nas questões atinentes aos *punitive damages* no âmbito da responsabilidade civil.

²⁴ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *op.cit.* p.31-32.

²⁵ MENDONÇA, Diogo Naves. *op.cit.* p.23.

CAPÍTULO 2

A Responsabilidade Civil no Brasil

2.1 A aplicação dos danos punitivos no Brasil e a necessidade de uma perspectiva funcional da responsabilidade civil.

Os estudos da doutrina pátria acerca da responsabilidade civil comumente apontam que o corpo de princípios da legislação civil brasileira consagra a busca pela reparação patrimonial e moral, isso porque “um prejuízo ou dano não reparado é um fator de inquietação social”²⁶, e a responsabilidade civil teria o papel de extirpar esse fator inquietante da sociedade. Apesar de aceita a indenização punitiva por parte da doutrina e adotada por parcela considerável dos Tribunais, discute-se amplamente a sua aplicabilidade, constitucionalidade e viabilidade nos sistema jurídico brasileiro.

Na ótica crítica a funções adversas à função meramente restitutiva, o desiderato primordial de um sistema de responsabilidade civil seria a reparação, ou seja, teria como função restituição do *status quo ante*. No entanto, favoráveis à tese do caráter punitivo, em maior ou menor grau, posicionam-se, na doutrina brasileira, os manualistas Caio Mário da Silva Pereira, Silvio Rodrigues e Maria Helena Diniz. No mesmo sentido, manifestaram-se, entre outros, Arthur Oscar de Oliveira Deda, Carlos Alberto Bittar, Sergio Cavalieri, José Carlos Moreira Alves, Paulo da Costa Leite, Luiz Roldão de Freitas Gomes, Araken de Assis, Teresa Ancona Lopez, Sergio Severo, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, Renan Miguel Saad, Américo Luís Martins da Silva, Clayton Reis e Antonio Junqueira de Azevedo. E, por sua vez, contrários ao caráter punitivo estão José Aguiar Dias, Pontes de Miranda, Wilson Melo da Silva, Orlando Gomes.

Como ressalta Venosa na referência *supra*, o prejuízo causado por outrem enseja o repúdio social e sentimento de injustiça quando não indenizado, de tal feita que, uma das funções mais importantes da responsabilidade civil é justamente a reparatória, pois sinaliza para o eventual autor de um evento danoso que os prejuízos decorrentes de sua prática serão arcados por si próprio. O artigo 944 do Código Civil de 2002, cujo estudo mais detalhado será realizado no próximo capítulo, ao dispor que a indenização é aferida com base na “extensão do dano” seria, para os que seguem essa toada, a expressa posituação dessa ótica.

²⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p.1.

No intuito de enfrentar esse (suposto) obstáculo normativo ao reconhecimento de espécies indenizatórias que visassem à consubstanciação de outras funções que não a meramente ressarcitória (como, v.g., a punitiva) da responsabilidade civil, algumas tentativas de positivação de modalidades punitivas de indenização foram feitas, todas frustradas.

A primeira dessas tentativas foi a redação do artigo 16 do Código de Defesa do Consumidor, que foi objeto de veto presidencial. A redação do art. 16 era a seguinte: “Se comprovada alta periculosidade do produto ou serviço que provocou o dano, ou grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor, será devida multa civil de até um milhão de vezes o Bônus do Tesouro Nacional – BTN, ou índice equivalente que venha substituí-lo, na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo, a critério do juiz, de acordo com a gravidade e proporção do dano, bem como situação econômica do responsável”.²⁷

A tentativa de inovação legislativa foi, entretanto, vergastada por veto presidencial, que dispôs: “ O art. 12 e outras normas já dispõem de modo cabal sobre a reparação do dano sofrido pelo consumidor. Os dispositivos ora vetados criam a figura da ‘multa civil’, sempre de valor expressivo, sem que sejam definidas a sua destinação e finalidade”.

Cumpre aludir que a doutrina simpatizante de um sistema de responsabilidade civil que contenha também contornos punitivos considerou o veto presidencial carente de razões e sem uma devida fundamentação, como lembra Zelmo Denari que “o propósito do legislador foi o de criar a figura da *multa civil*, verdadeira *sanção civil*, cuja aplicação foi confiada ao prudente arbítrio do juiz, único responsável pela sua cominação nos estritos casos submetidos á apreciação do poder Judiciário, ‘de acordo com a gravidade e proporção do dano, bem como a situação econômica do responsável’”.²⁸

Frustrada a tentativa de implementação de uma multa civil no Código de Defesa do Consumidor, outra tentativa foi o Projeto de Lei nº 6.920/2002, do deputado federal Ricardo Fiuza (Relator do Código Civil) que previa a inclusão de mais um parágrafo no artigo 944 do Código Civil, a redação proposta era a seguinte: “§2º A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”.

²⁷ CAMARGO, Paulo Sergio Uchoa Fagundes Ferraz de. Danos Punitivos. In: DONNII, Rogério; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco (Coord.). Revista Brasileira de Direito Civil Constitucional e Relações de Consumo. p. 202. Abril/junho 2010.

²⁸ DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.178.

Apesar dos projetos frustrados de positivação de uma modalidade punitiva de indenização no ordenamento pátrio, o que se verifica é que muitos juízes, desembargadores e ministros sensíveis às necessárias adaptações do direito à realidade fática passaram, (seguindo o posicionamento do STJ, cuja tendência a admitir danos punitivos começou a se estabelecer em meados da década de 1990) a incutir um caráter “punitivo-pedagógico” ao dano moral, o que é um fenômeno em certa medida curioso, já que aplicado dessa maneira (contido no dano moral) o dano punitivo não guarda relação com o sistema que deu origem ao instituto.

O dano moral tem um caráter imaterial e resulta, maior parte das vezes, da violação a um direito da personalidade (vida, integridade física, honra, liberdade, etc) . Violações essas que, *a priori*, não impedem o arbitramento de uma modalidade punitiva de indenização, mas que tornaram-se paulatinamente uma forma travestida de aplicação dos *punitive damages* nos julgados brasileiros. Há de se fazer uma distinção, o dano moral é o dano mediato, definido por exclusão em relação ao dano extrapatrimonial, isto é, um prejuízo vital, um sofrimento, a perda de um projeto de vida, um abalo de crédito, ou qualquer outro prejuízo não apurável em dinheiro²⁹. Já a indenização punitiva tem (ou pelo menos deveria ter nos julgados brasileiros) uma característica diametralmente oposta: é apurável em dinheiro, e essa apuração deve ter como base aspectos sistematizados para a fixação de um *quantum* tal como o benefício do autor auferido com a prática do evento danoso e a probabilidade do autor de ter ser efetivamente responsabilizado por aquele dano.

A crítica formulada à aplicação de indenizações punitivas nesses moldes incide sobre uma questão mormente processual, trata-se da impossibilidade de defesa do réu no que concerne ao valor excedente à parcela reparatória, visto que, nos julgados pátrios não se verifica uma fundamentação adequada do arbitramento da modalidade punitiva ou mesmo uma divisão das parcelas do dano moral de caráter compensatório das de caráter punitivo-pedagógico. É esse o teor da crítica formulada por Camargo:

A forma como é aplicado o dano punitivo em nosso país acaba por desvirtuar a aplicação do próprio instituto, bem como a do dano moral em si, razão pela qual se deve considerar os elementos processuais necessários para garantir a ampla defesa e o contraditório, bem como que a decisão seja fundamentada o bastante para justificar uma possibilidade de dano punitivo em acréscimo ao compensatório, sendo certo que sem a formatação adequada torna-se extremamente difícil aceitar a possibilidade de aplicação dos danos punitivos, sob pena de se perpetuar o desequilíbrio processual.³⁰

²⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira. Cadastros de restrição ao crédito. Conceito de dano moral. *Estudos e Pareceres de Direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 292-292.

³⁰ CAMARGO, Paulo Sergio Uchoa Fagundes Ferraz de. *op.cit.*

Temos que aquiescer para a o fato de haver real possibilidade de cerceamento de defesa em indenizações punitivas aplicadas sob a designação genérica de “dano moral” (e talvez tenha sido essa a principal razão para a não aprovação do Projeto de Lei nº 6.920/2002). Afinal como se defender de uma “pena” que sequer é denominada por aquela que a impõe como uma pena, arbitrada como um valor devido de caráter compensatório? E ainda que o valor seja arbitrado a título de função punitivo-pedagógica, como base em quais parâmetros se dá esse cálculo? Compartilhando essa preocupação, Camargo critica apontando que “pode-se, quase via de regra, notar uma ausência de fundamentação da sentença, no sentido de expor e fundamentar o que levou à aplicação dos danos punitivos e à majoração da indenização. A inserção do caráter punitivo é praticamente automática e o magistrado não diferencia o que é compensatório do que é punitivo.”³¹

Mesmo os autores defensores da aplicação das indenizações punitivas no direito brasileiro enxergam um problema na forma como atualmente são aplicados. Esse é o teor, v.g., da observação de Diogo Naves Mendonça:

O que seria uma ferramenta extraordinária acaba exercendo o papel de um expediente ordinariamente invocado, sem qualquer sistematicidade, tampouco repercussão nos montantes indenizatórios estipulados em decisões que envolvam danos de natureza extrapatrimonial. O tratamento genérico das funções compensatória e punitiva da indenização, sem delimitação da soma destinada a cada qual, acaba por contribuir para o quadro de assistemática que já caracteriza a jurisprudência sobre o assunto.³²

O fato é que a atual forma de proceder dos tribunais, ao introduzir os danos punitivos sob a alcunha de danos morais³³, evidencia que, apesar da suposta “ausência de previsão legal”, os juízes constantemente recorrem a uma modalidade punitiva de indenização com o intuito de agregar um fator de desestímulo às suas sentenças, mesmo que para isso distorçam, em parte, a finalidade precípua dos danos morais: compensar.

³¹ *Idem, ibidem*, p. 210.

³² MENDONÇA, Diogo Naves. *op.cit.* p.108-109.

³³ Sobre a forma como os danos punitivos são aplicados no Brasil, em alusão ao problema da não distinção entre os mesmos e as indenizações de caráter compensatório, cumpre transcrever a lição de Anderson Schreiber: “No Brasil, como em outros países de tradição romano-germânica, vive-se uma situação anômala, na qual os *punitive damages* não vêm admitidos como parcela adicional de indenização, mas aparecem embutidos na própria compensação do dano moral. Assim, a doutrina amplamente majoritária sustenta um duplo caráter da reparação do dano moral: (i) o caráter compensatório, para assegurar o sofrimento da vítima; e (ii) o “caráter punitivo para que o causador do dano, pelo fato da condenação se veja castigado pela ofensa que praticou”. Diversos autores sustentam, nesta direção, que a indenização do dano moral tem um inequívoco sabor de pena, de represália pela mal injusto. Fala-se no mesmo sentido, em função pedagógica, dissuasiva ou de desestímulo, sendo certo que, em qualquer caso, o agente se vê obrigado a indenizar a vítima em quantia superior ao dano efetivamente sofrido.”(SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil – Da erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, p. 203-204)

Essa postura revela um estado das coisas: os juízes brasileiros, para se esquivarem da suposta ausência de previsão legal, passaram a de ter de camuflar a modalidade indenizatória punitiva para que suas sentenças pudessem surtir algum efeito real na conduta dos indivíduos. O fator de desestímulo foi embutido no dano moral, introduzindo assim um valor “punitivo-pedagógico”, como se fosse da essência desse instituto e como se apenas nas violações a direitos da personalidade pudesse se pensar em indenizações punitivas.

Essa tendência pode ser observada no teor dos julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em que se utiliza de uma função “punitivo-compensatória” do dano moral, buscando de um lado compensar a vítima, e de outro a punição do ofensor de modo a servir de desestímulo a práticas semelhantes. É o que se depreende, por exemplo da jurisprudência do STJ, *in verbis*:

O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor, para que não volte a reincidir (STJ, REsp. 715320/SC, Rel^a. Min^a, Eliana Calmon, DJ 11/09/2007).

Na mesma esteira segue o posicionamento consolidado dos julgados do STF, que aduz para estabelecer “a necessária correlação entre o caráter punitivo da obrigação de indenizar e a natureza compensatória da vítima” (STF, Rel. Min. Celso de Mello, Agravo de Instrumento nº 455846, j. 11/10/04). Nesse mesmo julgado a sua ementa expressamente consigna: “(...) a dupla função da indenização civil por dano moral (reparação-sanção): a) caráter punitivo ou inibitório (*‘exemplary or punitive damages’*) e b) natureza compensatória ou reparatória”.

A preocupação dos juízes com o “efeito real na conduta dos indivíduos” evidenciada por essas decisões revela que a responsabilidade civil, assim como se pode falar de quase tudo no âmbito do Direito, não é um fim em si mesmo, ou seja, quando Ronald Coase afirmou no seu mais emblemático trabalho que “seria aparentemente desejável que os tribunais devessem entender as consequências econômicas de suas decisões”³⁴, já vislumbrava que, especificamente no campo da responsabilidade civil, os tribunais deveriam se preocupar com uma perspectiva eminentemente funcional (e não formal) da responsabilidade civil. Deveriam, ainda, se atentar para uma das mais essenciais funções desse instituto: prevenir a ocorrência do evento danoso. Nesse diapasão, Posner conclui que o melhor é enxergar a

³⁴COASE, Ronald H. The Problem os Social Cost. *Journal of Law and Economics*, v. 3, 1960. p. 19.

responsabilidade civil em termos instrumentais, ou seja, pensar a responsabilidade civil como uma das ferramentas disponíveis para concretizar determinados objetivos, como a dissuasão ou a compensação, sendo a abordagem instrumental mais desenvolvida para essa tarefa proporcionada pelo Direito e Economia.³⁵

Uma abordagem funcionalista não pode, entretanto, estar, especialmente em países de tradição civilista, completamente desconectada da lógica formal adota pelo corpo normativo. A complementaridade entre as abordagens leva à conclusão de que se chegar a uma posição intermediária é necessário, pois, o extremismo para ambos os lados leva a aplicações nefastas das teorias. Nessa seara, ensina Mendonça que, se levado ao extremo, o funcionalismo pregado por uma abordagem econômica radical poderia reduzir o vocabulário jurídico a conceitos econômicos ou ainda invocar a eficiência como fundação ética do direito. Por outro lado, o formalismo exacerbado simplesmente ignoraria as repercussões práticas das opções normativas (abstratas ou concretas) em nome da integridade de uma suposta racionalidade intangível do sistema jurídico.³⁶

A indenização punitiva, quando vista à luz dessa dualidade formalismo/funcionalismo, é um dos institutos que melhor exemplifica as perigosas consequências do extremismo de ambos os lados. Empresas poderiam, v.g., perpetuar uma situação de elevado perigo à consumidores, caso indenizações esparsas e incertas fossem aplicadas atendendo a uma interpretação meramente formalista do art. 944, ou, por outro lado, juízes poderiam levar os causadores de um evento danoso à ruína ao aplicarem indiscriminadamente uma interpretação funcionalista voltada à prevenção do dano. A ponderação entre ambas as perspectivas é indispensável para a prudente utilização do instituto. A questão quanto ao montante arbitrado ganhou holofotes especialmente na década de 90, quando, nos Estados Unidos, os valores multimilionários das indenizações punitivas começaram a ser objeto de crítica, como nota Andrade:

A preocupação com os montantes indenizatórios e com a definição das situações em que seja cabível a imposição dos punitive damages tem levado vários estados americanos a estabelecer medidas restritivas ou regulatórias. Assim, por exemplo, muitos estados exigem, para a imposição da indenização punitiva, a apresentação, pelo autor, de prova clara e convincente (clear and convincing proof) dos comportamentos que ensejam essa espécie de indenização. Outros adotaram um julgamento bifurcado (bifurcated trial), para que o júri primeiro estabeleça a responsabilidade do réu e fixe a indenização compensatória, determinando, somente depois, se ao réu deve ser imposta indenização punitiva.

³⁵ POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*.

³⁶ MENDONÇA, Diogo Naves. *op.cit.* p.43.

Alguns estados estabelecem que uma parte do montante fixado a título de punitive damages seja destinada a um fundo estadual.³⁷

Essa preocupação passou a ser progressivamente externada para fora dos galpões das grandes empresas. Em parte pela pressão dessas e em parte pela notoriedade que alguns casos de indenizações milionárias tomou³⁸, acompanhando essa consternação, como observam Polinsky e Shavell, muitos estados (norte-americanos) introduziram limites superiores de vários tipos às indenizações: um teto absoluto (por exemplo, \$ 350.000 na Virgínia), ou, uma razão máxima de indenizações punitivas em relação às compensatórias (por exemplo, três vezes o valor da compensatória, na Flórida), ou mesmo ambos.³⁹

As soluções adotadas pelos estados norte-americanos podem servir de norte para uma possível futura regulamentação das indenizações punitivas no direito pátrio, mas não deixam de ser esses tetos objeto de severas críticas na doutrina norte-americana. Isso porque, sob um prisma da análise econômica do direito, a própria concepção do papel dissuasório das indenizações punitivas não comportaria um teto fixado *ex ante* desconsiderando as peculiaridades do caso concreto. Nessa linha percorrem também Polinsky e Shavell:

Tais limites não podem ser justificados com base na dissuasão porque eles podem eliminar o valor adequado da indenização punitiva. Por exemplo, suponha que o prejuízo causado por um agente seja de \$ 100.000 e que ele tenha a probabilidade de ser responsabilizado de apenas um décimo. O nível ótimo de indenização punitiva é portanto \$ 900.000, ou nove vezes a indenização compensatória (porque o nível ótimo da indenização, incluindo a parte compensatória, é de dez vezes o prejuízo). Esse valor absoluto e essa razão excederiam os tetos às compensações punitivas na maioria dos estados que os têm, e, no entanto, sob circunstâncias postuladas, uma indenização punitiva desta grandeza e uma razão entre as partes punitiva e compensatória com este valor são necessárias para uma dissuasão adequada. A nossa crítica dos limites superiores não é feita no intuito de negar que, se as concessões de indenizações punitivas pelos tribunais são consideradas sistematicamente excessivas, estes tetos impostos poderiam reduzir benéficamente os excessos. Mas sim para apontar que na ausência de um viés sistemático, os limites são inapropriados.⁴⁰

As perspectivas tratadas neste capítulo nos permitem ter uma visão geral de por que ainda é vista como problemática a aplicação das indenizações punitivas no sistema

³⁷ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Dano Moral & Indenização Punitiva: Os punitive damages na experiência do Common Law e na perspectiva do Direito Brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p .199.

³⁸ Como o emblemático caso de Stella Liebeck, idosa que derramou café no próprio colo e obteve das lanchonetes McDonald's uma indenização que somou UU\$ 2.7 milhões.

³⁹ TIMM, Luciano Benetti; MORAES, Lívia. Danos Punitivos (*punitive damages*): uma análise econômica. Revista de Direito Empresarial. p. 155. Julho/Dezembro 2008.

⁴⁰ TIMM, Luciano Benetti; MORAES, Lívia. *op.cit.* p. 156. Julho/Dezembro 2008.

jurídico brasileiro e por que a doutrina e jurisprudência nacionais não raras vezes as tratam como se contidas estivessem nos danos morais. Razões como a sua aplicação embutida nos danos morais e o cerceamento de defesa decorrente dessa prática são apenas algumas das barreiras a serem enfrentadas no direito pátrio. Problemas mais atinentes à essência das indenizações punitivas, como a vedação do enriquecimento sem causa expressamente prevista em nosso Código Civil e a suposta ausência de previsão legal para essa modalidade indenizatória serão enfrentados no capítulo que segue.

CAPÍTULO 3

Danos Punitivos

3.1 Conceito e Origem

Como anteriormente suscitado, a tensão entre as perspectivas formal e funcional da responsabilidade civil nos faz aportar num novo paradigma de sistema de responsabilização, começam a ser vislumbradas novas leituras tendentes a extrair uma função social da responsabilidade civil e avessas à perspectivas centradas meramente numa lógica formal supostamente imanente ao sistema jurídico. A partir daí, supera-se a leitura clássica centrada na reparação (sem que se rejeite, entretanto, a sua importância) e se passa, sobretudo após a Constituição Cidadã de 1988, a buscar novos rumos para esse sistema. Essa nova perspectiva emerge especialmente em virtude de uma leitura constitucional do sistema legal e acompanha o fortalecimento do neoconstitucionalismo, e, por conseguinte, do reconhecimento da força normativa dos princípios.

O corpo de princípios consagrado pela Constituição de 1988 elevou a um patamar mais elevado o aspecto social, equitativo e distributivo dos institutos de direito privado. As funções equitativas e distributivas classicamente entendidas como algo a ser promovido pelo direito público e restrito ao âmbito das políticas públicas passaram paulatinamente a “contaminar” institutos de direito privado e desse fenômeno tiveram gênese as concepções de “função social da propriedade” e “função social dos contratos”, mas esse processo histórico remete à chegada dos *punitive damages* ao direito pátrio, voltemos ao século XVIII, Inglaterra, para avaliar as primeiras aparições de indenizações de caráter punitivo. Assim nota Andrade, sobre o *case*⁴¹ em que se considera ter historicamente inaugurado a aplicação da modalidade indenizatória punitiva, o famigerado *Wilkes v. Wood*:

No common law, a primeira articulação explícita da doutrina dos *punitive damages* remonta a 1763 e é encontrada no julgamento do célebre caso *Wilkes v. Wood*. O nº 45 do jornal semanal *The North Briton* publicara um artigo anônimo de conteúdo alegadamente ofensivo à reputação do rei George III e de seus ministros. Em consequência, Lord Halifax, secretário de Estado do rei, determinou a expedição de mandado genérico (*general warrant*), autorizando a prisão dos suspeitos de envolvimento na publicação do artigo, sem identificá-los nominalmente. Foram presas 49 pessoas, dentre as quais o autor do artigo, John Wilkes, inflamado membro da oposição no Parlamento. Mensageiros do rei invadiram e reviraram a casa de Wilkes, forçando gavetas e apreendendo livros e papéis provados, sem inventariá-

⁴¹ Muito antes de *Wilkes v. Wood*, encontra-se menção ao estatuto datado de 1275 onde era estabelecida uma dupla punição a quem causasse danos a um padre.

los. Wilkes, então, ajuizou uma action for trespass contra Mr. Wood, subsecretário de Estado, que havia pessoalmente supervisionado a execução do mandado. Demandou exemplary damages, ao argumento de que uma indenização de reduzido valor não seria suficiente para impedir a prática de condutas semelhantes. O júri estabeleceu a soma, considerável para a época, de £1000 (mil libras) a título de punitive damages. O mesmo episódio deu origem ao caso Huckle v. Money. Huckle, um modesto tipógrafo, foi detido com base no mesmo mandado genérico. Por essa razão, ajuizou uma action for trespass, assault and imprisonment. Embora os relatos do caso indiquem que ele tinha sido confinado por apenas seis horas e, nesse período, tenha recebido tratamento consideravelmente civilizado e cortês, o júri estabeleceu em seu favor punitive damages no montante de £300 (trezentas libras), quase trezentas vezes o salário semanal que ele recebia de seu empregador. Em apelação, o réu admitiu sua responsabilidade, mas sustentou que a indenização era excessiva dado o curto período de tempo de confinamento e o civilizado tratamento dispensado à vítima, assim como a baixa renda e a posição econômica desta. Essa argumentação foi rejeitada por Lord Chief Camden, que observou que, se o júri tivesse considerado apenas o dano pessoal, "talvez £20 (vinte libras) de indenização pudessem ser consideradas suficientes", mas concluiu que o júri fez bem em estabelecer exemplary damages, por entender que um policial entrar na casa de um homem com base em um mandado genérico, sem indicação do nome do investigado, para procurar evidências constitui um dos mais ousados ataques à liberdade individual.

Esses precedentes assentaram as bases da doutrina dos punitive ou exemplary damages, que poderiam ser invocados para punir ofensores em casos de malícia, opressão ou fraude, ou seja, em casos nos quais o ato ilícito foi praticado de forma especialmente ultrajante.⁴²

Nos Estados Unidos a aplicação de indenizações punitivas apenas se deu mais de duas décadas após o caso inaugural inglês. Em 1784 a Suprema Corte Americana arbitrou a imposição de *punitive damages* no caso *Genay v. Norris*, em que após ter marcado duelo de pistolas um dos envolvidos, em evidente má-fé convidou o adversário a um encontro de reconciliação, e, nessa oportunidade, acabou por ministrar dose de substância nociva ao autor. Camargo narra o episódio: “neste caso autor e réu marcaram um duelo de pistolas para resolver uma disputa pessoal. Ocorre que, antes do duelo, o Réu (Norris) convidou o Autor (Genay) para um brinde de reconciliação. Mas na dose de bebida destinada ao Autor, o réu que era médico maliciosamente inseriu uma dose considerável de cantaridina, provocando assim dores extremas no Autor. Diante de tais circunstâncias a Suprema Corte Americana considerou que o médico merecia uma punição exemplar, iniciando assim a aplicação dos danos punitivos (*punitive damages*) no direito norte-americano.”⁴³

A primeira característica evidente dos dois casos fundantes das indenizações punitivas é justamente o *locus* jurídico em que se manifestaram: o *common Law*. Essa característica é também razão para rechaças de uma importação das indenizações punitivas para países de tradição civilista, mas o que se visualiza de fato (assim como na crítica à

⁴² ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *op.cit.* p. 178-180.

⁴³ CAMARGO, Paulo Sergio Uchoa Fagundes Ferraz de. *op.cit.* p. 195. Abril/junho 2010.

análise econômica do direito) é um fenômeno transnacional de globalização das experiências jurídicas bem sucedidas em outros países, com a devida adaptação para os países importadores de ideias que deram certo alhures, e não um culto à cultura estrangeira.

As primeiras definições surgidas para as indenizações punitivas já faziam referência a importantes elementos dessa modalidade indenizatória, como a “culpa grave” do autor do evento danoso e o “papel dissuasório” do montante estipulado, é o que se visualiza ao ler uma elucidativa definição de meados do século XX:

Damages, other than compensatory or nominal damages, awarded against a person to punish him for his outrageous conduct and deter him and others like him from similar conduct in the future - RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 908, 1979.

Na mesma linha da definição *supra*, a doutrina hodierna conceitua classicamente os *punitive damages* de forma não muito distinta, segundo Andrade “os *punitive damages* são também usualmente denominados *exemplary damages*. Constituem uma soma de valor variável, estabelecida em separado dos *compensatory damages*, quando o dano é decorrência de um comportamento lesivo marcado por grave negligência, aliciação ou opressão. Se a conduta do agente, embora culposa, não é especialmente reprovável, a imposição dos *punitive damages* mostra-se imprópria.”⁴⁴ Essa definição encontra respaldo (especialmente no que diz respeito ao grau de reprovabilidade da conduta do ofensor) nos critérios criados pela Suprema Corte Norte Americana para a possibilidade de avaliação do pedido de danos punitivos em uma ação, quais sejam: (i) grau de repreensibilidade da conduta do ofensor; (ii) relação com o dano sofrido pela vítima e (iii) sanções eventualmente previstas em lei ou em regulamentos por condutas semelhantes àquelas praticadas pelo ofensor.

No Brasil, como se pode depreender do capítulo anterior, há um esforço doutrinário em afastar a possibilidade de aplicação das indenizações punitivas em parte pela confusão que se faz quando aplicadas em associação à indenizações por danos morais e, também em parte, pela aversão natural à importação de institutos estrangeiros ao direito pátrio.

Em negação à aplicabilidade de indenizações punitivas no direito brasileiro alguns argumentos são levantados, como (i) a ausência de previsão legal expressa e daí a necessidade de observância ao princípio da legalidade (art.5º, XXXIX, da CF/88), (ii) a existência de outras instâncias de responsabilização, mais afetas à punição de condutas repreensíveis

⁴⁴ ANDRADE, André Gustavo de. *op.cit.* p. 286.

(direito penal e direito administrativo), (iii) a progressiva desvinculação da responsabilidade civil em face do elemento culpa, (iv) o mandamento literal do *caput* do art. 944 do Código Civil, segundo o qual “a indenização mede-se pela extensão do dano”.⁴⁵

Todos os argumentos são consistentes e requerem um grande esforço argumentativo para serem contornados. Assim, à luz da análise econômica do direito buscar-se-á trazer elementos suficientes para demonstrar que o mandamento do Código Civil não veda a aplicação de indenizações punitivas e que essas são necessárias não somente por pelo seu valor dissuasório- preventivo, mas também por uma necessidade de se imbuir a responsabilidade civil de um aspecto equitativo, equilibrando os litígios entre pequenos consumidores e empresas de grande porte e, impedindo que os indivíduos sejam “coisificados” a bem do lucro de grandes corporações e obstando que os direitos desses indivíduos sejam alocados à mercê dos interesses de mercado.

3.2 Fundamento econômico e modelos

Ao se fazer referência aos principais óbices à aceitação dos *punitive damages* na doutrina brasileira, sublinhou-se o problema da fixação do montante indenizatório de caráter punitivo, esse é, em verdade, um problema que remete a duas preocupações bastante conexas: (i) a possibilidade de criação de uma modalidade indenizatória que configure um “cheque em branco” para magistrados; (ii) a insegurança jurídica gerada a partir dessa ausência de qualquer critério objetivo para a fixação de montantes punitivos.

A preocupação quanto à fixação de montantes excessivos é compartilhada pela doutrina norte-americana. Receio esse que culminou com uma manifestação da Suprema-Corte no sentido de estabelecer critérios objetivos para a limitação dos valores das indenizações punitivas, a fim de evitar-se a desproporcionalidade da medida. Nesse aspecto, cumpre aduzir que sempre que se confere poder para ao Estado para punir, cria-se concomitantemente uma brecha para que o uso desse poder extrapole o razoável. Assim ocorre quando abdicamos de parte da nossa liberdade confiando armamento e legitimidade à departamentos de polícia ou guardas municipais em prol de nossa segurança e, criando simultaneamente um aparato legislativo de repressão ao uso indevido desse poder (no caso do abuso de autoridade, trata-se no Brasil da lei nº 4.898 de 1965) justamente para evitar que essa outorga de poder seja utilizada para buscar fins diversos daqueles pretendidos ou para

⁴⁵ MENDONÇA, Diogo Naves. *op.cit.* p.111.

evitar que resulte numa utilização do poder fora dos padrões de razoabilidade e proporcionalidade. Embora a fixação excessiva de indenizações punitivas não seja especificamente um caso de “abuso de autoridade”, o exemplo serve para ilustrar que a mera possibilidade do uso indevido de um instrumento criado com um determinado fim não justifica por si só o fracasso desse instrumento.

No mundo real, há sempre a possibilidade de desvirtuar os fins dos institutos jurídicos, e daí advém proficiência requerida pela complexidade da atividade legislativa. O legislador (ou o juiz, na interpretação da lei) deve criar meios de controle eficazes para que os dispositivos normativos não sirvam a fins incompatíveis com os pretendidos.

Nessa esteira, a Suprema Corte dos EUA firmou jurisprudência estabelecendo critérios para a fixação do valor indenizatório a título de punição. O caso paradigmático foi o do comprador de um automóvel BMW que detectou partes do carro vendido como novo, haviam sido repintadas, gerando uma depreciação de 10% do valor do veículo, adquirido por US\$ 40.000,00. A condenação inicial foi estipulada em US\$ 4.000,00 a título de indenização compensatória e US\$ 4 milhões a título de indenização punitiva. A última cifra foi alcançada pela estimativa de que 1.000 automóveis repintados haviam sido vendidos como novos pela montadora. A Suprema Corte do Alabama reduziu à metade o valor da indenização por danos punitivos em razão de uma divergência na apuração do número de vendas realizadas. Manteve-se, porém, a aplicação da fórmula do múltiplo punitivo (a ser estudado no próximo tópico). Quando chegou à Suprema Corte dos EUA, o caso (aceito porque o abuso do montante indenizatório teria violado a cláusula do devido processo legal, consagrada na 14ª Emenda) foi utilizado para a definição de parâmetros para as indenizações punitivas. A Suprema Corte mencionou três critérios fundamentais: averiguação do grau de censurabilidade da conduta lesiva, relação entre montante compensatório e o montante punitivo, comparação entre a indenização punitiva e o valor das penas civis previstas para casos semelhantes⁴⁶ (caso *BMW of North America, Inc v. Gore*, 1996. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/94-896.ZS.html>).

O problema dos valores astronômicos que as indenizações punitivas podem tomar pode ser solucionado da mesma forma que as penas no âmbito do direito penal: através de um controle rígido de dosimetria, baseado em fórmulas expressamente previstas na legislação. Para que esse valor seja fixado de forma objetiva e compatível com os princípios do direito pátrio, alguns modelos econômicos com sutis diferenças entre os mesmos serão expostos.

⁴⁶ MENDONÇA, Diogo Naves. *op.cit.* p.115

Antes de fazer um estudo dos modelos de aplicação das indenizações punitivas resta ainda buscar uma razão econômica para imposição das mesmas. Conforme exposto no capítulo 1, a teoria dos preços, sob a ótica da análise econômica do direito, estipula, em linhas gerais, que as condutas dos indivíduos são pautadas por regras bastante similares às que regem o mercado, de tal forma que sempre há em algum plano volitivo dos indivíduos uma pretensão de satisfação do seu próprio bem estar . Isso não significa, entretanto a imposição de uma perspectiva egoística dos indivíduos, nada impedindo que a satisfação de um indivíduos esteja associada à adequação de sua conduta a padrões elevados de altruísmo. A prática de uma conduta está sujeita então à análise da maximização racional do bem estar descrita no Capítulo 1, em que os indivíduos respondem às normas tal qual respondem aos preços. Assim, o valor dissuasório que a normas exercem sobre as condutas dos indivíduos guarda, nessa perspectiva, especial semelhança com o desincentivo que um preço elevado exerce na compra de um produto.

É na questão dissuasória que a análise econômica mais serve ao estudo da responsabilidade civil. O problema da fixação do montante punitivo aduzido *supra* diz respeito mormente à dissuasão em um patamar ótimo. Se valores excessivamente altos são fixados para danos punitivos, empresas tendem a repassar os custos para consumidores e usuários de serviços. Dessa forma indenizações punitivas apenas piorariam a situação dos usuários de serviços e consumidores de produtos, o que demonstra que a fixação do *quantum* constitui o ponto essencial à eficácia dissuasória dos *punitive damages*.

A questão dissuasória pode ser melhor entendida a partir do exemplo de Cooter e Ulen em que se supõe que o fabricante de um aditivo de combustível automotivo esteja diante da opção de realizar um controle de qualidade ao custo de \$ 9.000 por ano. Dispensar referido controle permite a redução de custos, mas provoca a produção de lotes de aditivo de má qualidade, ensejando o dano esperado de \$ 10.000 por ano (\$ 1.000 de prejuízo a dez carros). Do ponto de vista econômico, a eficiência exige que o fabricante realize o controle de qualidade, já que se espera uma economia de \$ 10.000 mediante um gasto de \$ 9.000.

Adotando-se o modelo da responsabilidade objetiva do produtor, o resultado eficiente seria facilmente alcançado caso se tratasse de um sistema perfeito. Nessa hipótese, todos os consumidores lesados demandariam o produtor, obtendo indenizações perfeitamente compensatórias, sem custos e sem erros de quantificação. Em tal cenário, o fabricante acabaria por internalizar \$ 10.000 em virtude de não ter adotado medidas de cuidado ao custo de \$ 9.000. O produtor racional optaria, assim, por efetuar o controle de qualidade. Em um

cenário mais realista, porém, nem todos os consumidores demandam o produtor, quer porque não sabem que foi o aditivo defeituoso a causa do dano, quer porque não podem provar o fato. Supondo-se que apenas metade das vítimas acabe por obter ressarcimento, haverá a possibilidade do que se chama erro de execução (*enforcement*), ensejando uma responsabilidade do fabricante de apenas \$ 5.000, caso ele opte por não realizar o controle de qualidade (ao custo de \$ 9.000). Nesse caso (erro de execução = $\frac{1}{2}$), cria-se uma situação na qual o produtor racional, atento à maximização de seus lucros, acabará não efetuando o controle de qualidade, configurando-se uma situação de ineficiência.⁴⁷

Como se percebe do exemplo supracitado, a fixação de indenizações punitivas configura uma forma de criar incentivos aos indivíduos para direcionar a lógica de custo/benefício quando direitos estão em jogo, evitando que responsabilidade civil seja instrumentalizada egoística e individualmente. A dignidade humana também se vê contemplada, já que impõe-se um cálculo que vai além dos interesses de apenas um agente econômico.

O modelo de cálculo do valor da indenização punitiva baseado no fator “erro na execução” é apenas um dos diversos modelos que a análise econômica do direito proporciona para se chegar a um valor ótimo (ou seja, eficiente) no que concerne a dissuasão de possíveis agentes causadores de dano. Tendo em vista a constatação de que o valor estipulado seja talvez o fator mais determinante para sucesso ou fracasso dessa modalidade indenizatória, estudar-se-á a seguir três modelos fruto dos estudos de direito e economia para se chegar a um valor eficiente de indenizações punitivas, ou seja, um valor que promova efetivamente a dissuasão, de forma que essa possa ser alcançada sem que sejam criados custos excessivos ou desproporcionais.

3.2.1 Modelo do múltiplo punitivo (erro na execução)

Empresas prestadores de serviço ou fornecedoras de produtos fatalmente acabam por responder, vez por outra, pelos danos que causam aos consumidores de seus produtos ou serviços. Essa, entretanto, não é a regra. O desenvolvimento de complexos parques industriais, a tecnologia envolvida e o fenômeno da globalização da economia (que descentraliza a produção para zonas em que não há amplas garantias trabalhistas bem como

⁴⁷ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *op.cit.* p. 387.

para onde a mão de obra seja mais barata) tornam completamente inviável ao consumidor conhecer todas as nuances do processo de produção das mercadorias que consome.

Esse aspecto do sistema econômico atual é responsável pela enorme assimetria de informações presente nas relações de consumo dos dias atuais. A informação assimétrica nas relações de consumo é um fenômeno econômico bastante natural dado o cenário acima exposto. Ocorre que, nesse novo cenário, é muito comum que, em função dessa assimetria de informações, consumidores não acionem o sistema de responsabilidade civil. Ao comprar um carro, como no exemplo citado do caso *BMW of North America, Inc v. Gore*, é extremamente improvável que o consumidor tenha conhecimento suficiente para perceber que por debaixo de uma lataria nova estão partes reaproveitadas e pintadas como se novas fossem, e ainda que eventualmente seja um técnico no assunto, poderá deixar de recorrer às regras de responsabilidade civil por razões como os altos custos com advogados, a demora da prestação jurisdicional, etc.

Esse quadro ilustra a função das indenizações punitivas notada por Polinsky e Shavell de que em situações em que, em virtude de razões como a assimetria de informações ou os altos custos do processo judicial, o causador do dano esquiva-se do dever de indenizar, é necessário que se estipule um valor que compense esse “erro na execução”, de forma a dissuadir o oportunismo por parte dos lesantes.⁴⁸

O modelo do múltiplo punitivo busca dissuadir a prática de eventos danosos que se beneficia desse “erro na execução” dos lesados sobre os lesantes. Esse é o caso do exemplo do fabricante de aditivo de combustível a que Cooter e Ulen fazem referência.

Acerca do mesmo exemplo, Diego Naves Mendonça expõe que em casos como esse, nos quais o lesante tem a possibilidade de se esquivar da reparação integral dos danos que provoca, justifica-se, do ponto de vista da eficiência, a fixação de indenizações punitivas. O autor destaca que a ineficiência gerada pelo erro de execução deve ser compensada mediante a elevação do montante indenizatório, de modo que o patamar apropriado da indenização corresponda ao montante do prejuízo causado, multiplicado pela recíproca da probabilidade de o lesante ser condenado. No exemplo do fabricante de aditivos, como há 50% de probabilidade de o lesante ser responsabilizado em \$ 1.000 (dano de cada consumidor), a indenização deve ser multiplicada por $1/0.50 (=2)$, alcançando-se \$ 2.000 (dos

⁴⁸ POLINSKY, A Mitchell; SHAVEL, Steven. Punitive Damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*, v. 111, 1998. P. 905-910.

quais \$ 1.000 correspondem à indenização punitiva). Dessa forma, o lesante internalizará integralmente os danos causados (\$ 10.000), retomando-se o patamar ótimo de dissuasão.⁴⁹

É evidente que adoção desse modelo de cálculo pode apresentar dificuldades de ordem fático-probatórias. Afinal, como aferir a probabilidade exata do lesante ser responsabilizado? Como se chegar ao valor do dano exato sofrido por cada consumidor?

Nos corriqueiros casos em que um fornecedor omite incongruências entre a quantidade de produto indicada na embalagem e a quantidade real contida ou em que empresas de telefonia incluem valores indevidos para cobrança, esse valor é facilmente alcançado, mas em situações mais complexas em que, por exemplo, o fabricante utiliza uma substância nociva à saúde dos consumidores aferir esse valor torna-se algo bastante problemático, devido à assimetria de informações a grande maioria dos consumidores sequer associará problemas de saúde a médio ou longo prazo ao consumo de determinado produto.

A aferição da probabilidade de ser responsabilizado pelo evento danoso é a parte menos complexa desse cálculo. Esse valor pode ser atingido através da averiguação da quantidade de produtos colocados no mercado (número de produtos de um referido lote por exemplo) comparada com as ações propostas contra o fornecedor em razão do dano causado por aquele bem de consumo. O múltiplo punitivo toma como parâmetro de cálculo exatamente essa “probabilidade” de ressarcimento do dano, e portanto é representado pela recíproca do erro na execução ($1/E$). Como a responsabilidade total do lesante (R) será igual ao valor da indenização compensatória (I_c) paga individualmente a todos os consumidores que acionarem o sistema de responsabilidade civil multiplicado pelo fator de “na execução” (E), o múltiplo punitivo, que corresponde precisamente ao inverso do erro na execução, atua eliminado o fator erro na execução do cálculo. Tem-se então que $R = I_c \times E \times 1/E \rightarrow R = I_c$. Como depreende-se do modelo algébrico exposto, o múltiplo punitivo acaba com a possibilidade de perpetuação de condutas danosas oportunistas, alcançando-se uma dissuasão ótima na causação de danos.

No Brasil, o legislador aparentemente introduziu a ideia da eliminação do erros na execução contida no modelo do múltiplo punitivo através do sistema de ações coletivas. Nesse modelo, ao invés de compensar o erro na execução adicionando punitivamente um *plus* indenizatório correspondente ao valor que o lesante deixou de indenizar frente ao real prejuízo social que causou, cria-se um mecanismo de habilitação coletiva de todos os lesados, de tal sorte que se não houver a habilitação de indivíduos em número proporcional ao dano

⁴⁹ MENDONÇA, Diogo Naves. *op.cit.* p.112.

causado, o Código de Defesa do Consumidor atribui a um legitimado coletivo a competência para promover a execução do montante remanescente, *in verbis* :

Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do artigo 82 promover a liquidação e execução da indenização devida. Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o Fundo criado pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

A possibilidade de uma execução em massa com legitimados coletivos extirpa a eventual vantagem que o autor do evento danoso pode obter em decorrência do fator “erro na execução”.

Como explica Mendonça, se, por exemplo, diante da condenação de uma empresa por um dano que tenha atingido cerca de 100 mil consumidores, apenas 20 mil promovam a execução dos prejuízos por eles sofridos, competirá ao legitimado coletivo fazer as vezes dos outros 80 mil consumidores, executando os prejuízos remanescentes. Viabiliza-se, com isso, a integral internalização dos prejuízos pelo causador do dano, fator que apresenta-se essencial à narrativa econômica da dissuasão (afasta-se o *underterrence*).⁵⁰

3.2.2 Modelo dos benefícios ilícitos

Se por um lado o modelo do múltiplo punitivo busca dissuadir o lesante a obter vantagem em virtude do erro na execução, o modelo dos benefícios ilícitos tem como ponto focal a dissuasão de utilidades obtidas a partir do seu comportamento condenável, caracterizado por dolo ou culpa grave. Esse modelo está centrado em criar um “*plus*” indenizatório pela conduta ultrajante do lesante no intuito de obter uma vantagem ilícita.

Para Haddock, Chesney e Spiegel, esse modelo justifica-se pois, para que os ofensores de danos sejam induzidos a comportarem-se de maneira ótima, a magnitude da responsabilização deve ser igual à soma das perdas causadas e das utilidades ilícitas obtidas.⁵¹ Esse modelo pode muito bem exemplificado partir do *case* exposto por Vítor Fernandes Golçalves, citado também por Mendonça:

⁵⁰ MENDONÇA, Diogo Naves. *op.cit.* p.123.

⁵¹ HADDOCK, David D.; MCCHESENEY, Fred S.; SPIEGEL, Menahem. Um fundamento econômico ordinário para sanções legais extraordinárias, In: SALAMA, Bruno Mayerhof (Coord.). *Direito e Economia – Textos escolhidos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 152.

Trata-se do caso real em que uma fábrica de armas colocou à venda um revólver, mesmo sabendo que o produto apresentava uma falha de desenho, com risco de disparo acidental, já que o custo de redesenhar a arma seria de US\$ 200 mil e os gastos para consertar as armas já postas no mercado, de US\$ 1,93 por unidade. Ao final, a empresa concluiu que, diante da pequena probabilidade de acidentes, sairia mais barato pagar indenizações do que proceder às medidas necessárias a evitá-los, decidindo-se por nada fazer. O acidente acabou ocorrendo com um consumidor, que processou a fábrica e obteve, a título de indenização punitiva, a quantia de US\$ 2,89 milhões, exatamente o valor que a empresa deveria ter gasto a título de prevenção (caso *Sturm, Ruger e Co., Inc. v. Day – Supreme Court of Alaska*, 1979).⁵²

Outro caso mais emblemático da aplicação do modelo dos benefícios ilícitos, sempre citado na literatura acerca dos *punitive damages* é o caso *Grimshaw v. Ford (Court of Appeal, Fourth District, Division 2 – 1981)*. Nesse caso, como observam Mendonça e Vítor Fernandes Gonçalves, descobriu-se que um dos modelos de carros vendidos pela Ford havia sido fabricado com um problema de *design* no tanque de combustível, capaz de fazer o carro explodir diante de colisão traseira. Verificou-se que a empresa sabia do problema e havia calculado os gastos com a alteração necessária e aqueles com eventuais indenizações, optando pelas últimas. Diante de um acidente, que resultou na morte dos passageiros do veículo, a montadora foi inicialmente condenada a pagar indenização punitiva no montante de US\$ 125 milhões.⁵³ Em ambos os casos, puniu-se a título de indenização punitiva a conduta ultrajante do lesante que sopesou a segurança e a vida dos consumidores, concluindo por ser mais lucrativo arcar com eventuais indenizações, daí advindo o benefício ilícito.

Há autores que rechaçam esse modelo no Brasil, aduzindo que adoção do mesmo implicaria na transposição de uma função punitiva restrita ao Direito Penal, para a esfera civil. É imperioso salientar que, para alguns doutrinadores haveria uma suposta barreira intransponível entre os institutos de Direito Penal e Direito Civil, o que comprometeria, em tese, a sanção a uma conduta na esfera civil. No entanto, em face da dissolução da fronteiras entre os ramos do direito essa divisão, essa divisão vem perdendo respaldo no ordenamento pátrio, como assinala nosso Código Civil que possui diversos exemplos de repreensão civil a determinadas condutas.

Como lembra Antônio Junqueira de Azevedo⁵⁴, o direito civil brasileiro consagra inúmeras situações em que se impõe a punição de alguém que tenha agido de modo repreensível. Assim, por exemplo, o devedor em mora responde não apenas pelas

⁵² Vítor Fernandes Gonçalves, A análise econômica da responsabilidade civil extracontratual. *RF*, Rio de Janeiro: Forense, v. 357, 2001. p. 159.

⁵³ MENDONÇA, Diogo Naves. *op.cit.* p.116.

⁵⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 378-379.

consequências da mora, arcando também com a eventual impossibilidade da prestação por caso fortuito ou força maior (art. 399 do Código Civil). O herdeiro que sonega bens da herança perde o direito que sobre eles tinha (art.1.992). O possuidor de má fé, ao contrário daquele de boa-fé, perde o direito à indenização por bem feitorias úteis e não pode levantar as voluptuárias (art. 1.220). Essas e outras inúmeras situações quebram, nas palavras do autor, o preconceito de radical separação entre o direito penal e o direito civil.⁵⁵

Como se pode perceber, o Código Civil toma, em diversas situações, a conduta do indivíduo (dolosa ou com culpa grave) como parâmetro para a fixação de espécies punitivas. Ainda quanto aos exemplos supracitados, Mendonça comenta que no caso da pena de sonegados, verifica-se, ainda que de modo parcial, a adoção da lógica dos benefícios ilícitos pelo legislador. O herdeiro, ao omitir bens que deva levar à colação, acabaria favorecido indevidamente no momento da partilha. Partindo dessa premissa, o art. 1.922 do Código Civil extrai completamente as utilidades pretendidas pelo sonegador, privando-o dos direitos sobre os bens.⁵⁶ O Código Civil pune, portanto, a conduta de má fé do herdeiro que visa a obter um benefício ilícito da sua omissão ao colacionar bens à partilha, aplicando, assim, o raciocínio do modelo dos benefícios ilícitos.

O modelo em questão tem o importante papel dissuasório de eliminar as utilidades obtidas através da prática de condutas mal intencionadas. O seu especial valor está na atenção ao enriquecimento ilícito do lesante. Ao criar um mecanismo de retirar as utilidades ilícitas obtidas em decorrência de uma conduta mal intencionada, aquela conduta não representa uma possibilidade de obter benefícios. O cálculo dessa parcela punitiva tem como desiderato maior colocar o lesante no *status quo ante*, algo que para doutrina brasileira que rejeita as indenizações punitivas é comumente colocado em segundo plano.

3.2.2 Modelo das sanções extraordinárias

O modelo das sanções extraordinárias pretende ser mais abrangente que os demais. Como é sabido, a proteção da titularidade de um direito pela ordem jurídica (*entitlement*) pode se dar mediante regras de propriedade ou de responsabilidade. Por uma regra de propriedade, permite-se ao titular de um direito vetar transferências contrárias à sua vontade. Em outras palavras, a regra de propriedade admite a transferência da titularidade apenas de modo voluntário. Já por uma regra de responsabilidade, a proteção não chega a

⁵⁵ *Idem*, p. 126.

⁵⁶ MENDONÇA, Diogo Naves. *op.cit.* p.126.

impedir uma transferência involuntária, mas resguarda o direito a uma indenização em favor do titular.⁵⁷

O abuso das regras de responsabilidade pode, em certas situações, criar vanagens para um dos agentes, isso porque após um sopesamento entre o ônus de arcar com uma regra de responsabilidade e uma regra de propriedade, a regra de responsabilidade se mostra menos gravosa para o agente oportunista. É o caso do desrespeito a cláusulas contratuais. Em variadas situações a regra de responsabilidade não alcança o valor indenizatório que deveria ser pago caso o agente resolvesse obter o mesmo resultado respeitando a regra de propriedade. Nesse diapasão, cumpre fazer alusão à lição de Mendonça, que aclara que as indenizações extraordinárias “servem exatamente para desencorajar tais desapropriações, mediante eliminação dos ganhos obtidos com o abuso das regras de responsabilidade. Elas permitem que o agente provocador do dano pague por todas as utilidades que uma negociação lhe teria provido, ou seja, ele deve ser destituído de todos os ganhos que pretendia obter *ex ante* da ação.”⁵⁸

O caso brasileiro que melhor exemplifica o abuso de regras de propriedade ensejantes de aplicação de indenização extraordinária talvez seja o do artista “Zeca Pagodinho”. Trata-se do caso do cantor que, supostamente aliciado pela cervejaria Brahma, rompeu o contrato para realização de peças publicitárias com outra empresa do mesmo ramo, realizando peças publicitárias depreciativas à imagem da primeira empresa ainda na vigência do contrato com a mesma. Como pode depreender-se do acórdão que julgou a Apelação nº 9112793-79.2007.8.26.0000, a Brahma, ciente do contrato ainda em vigência entre o cantor e a cervejaria concorrente, deliberadamente aliciou o cantor para o descumprimento da cláusula contratual de exclusividade, inclusive garantindo ao cantor que não se preocupasse com esse desrespeito, pois a mesma arcaria com eventuais custos indenizatórios:

O próprio artista concedeu entrevistas falando desse episódio. À revista Veja de 24.3.2004, o cantor declarou que “*o pessoal da Brahma garantiu que irá arcar com todas as despesas que eu tiver nesse processo*”. À Revista Época de 22.3.2004, Zeca falou sobre a proposta feita pela Brahma e que se quisesse teria feito leilão (fls. 91)” (acórdão supracitado).

Nessa oportunidade, percebe-se que a empresa Brahma, ao sopesar a vantagem obtida pelo aumento das vendas com o pagamento da cláusula de rescisão do contrato, concluiu ser

⁵⁷ CALABRESI, Guido; MELAMED, A. Douglas. Property rules, liability rules and inalienability: one view of the cathedral. *Harvard Law review*, v. 85m 1972. p. 1092-1093.

⁵⁸ MENDONÇA, Diogo Naves. *op.cit.* p.126.

mais vantajoso ignorar a cláusula de exclusividade do cantor, aliciando-o de má-fé e violando a regra de propriedade de imagem prevista na disposição contratual. Muito embora nesse caso o julgado tenha se dado no sentido de restituir à cervejaria vítima da conduta da Brahma os valores gastos com matérias e peças de publicidade, até então, para o modelo das indenizações extraordinárias, toda a vantagem obtida pela opção deliberada ao desrespeito da regra de propriedade de imagem deveria ser ressarcido a título de indenização.

O acórdão supracitado dispõe que deve ser dado “o parcial provimento do recurso para o fim de julgar a ação parcialmente procedente e condenar a ré em danos patrimoniais consistentes nos gastos com materiais publicitários inutilizados (encartes e folders) e com espaços publicitários comprovadamente adquiridos e não utilizados pela recorrente, tudo a ser apurado em liquidação, com correção monetária a partir dos desembolsos e juros de mora a contar do evento danoso. E também em danos morais e à imagem arbitrados em R\$ 200.000,00, com correção monetária a partir da data do acórdão e acréscimos de juros contados da data do evento danoso.”

O que se percebe é que se buscou a restituição do *status quo ante* do lesante, ou seja, todos os gastos publicitários não aproveitados pela cervejaria vítima tiveram de ser ressarcidos. Para o modelo das indenizações extraordinárias, entretanto, as utilidades obtidas pela cervejaria Brahma com a deliberada violação da disposição contratual também deveriam ser objeto de indenização, pois de forma contrária, estar-se-ia estimulando o desrespeito progressivo às regras de responsabilidade, não se alcançando a dissuasão num patamar ótimo.

3.3 A compatibilidade com a regra do art. 944 do CC: *status quo ante* do lesante e do lesado

Importante enfrentar, na defesa de uma espécie indenizatória- punitiva, a interpretação comumente dada à redação do *caput* do art. 944 do Código Civil de 2002. Assim dispõe:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Estaria consagrada na redação deste artigo para parcela da doutrina, a finalidade restitutiva da indenização, restrita ao reestabelecimento do *status quo ante*, o que, à luz da análise econômica do direito e tendo em vista as questões dissuasórias e funcionalistas da responsabilidade civil anteriormente levantadas, não prospera.

As perspectivas indenizatórias do múltiplo punitivo, dos benefícios ilícitos e das sanções extraordinárias buscam complementar o aspecto restitutivo da indenização arbitrada. Muito embora seja tratada como uma parcela punitiva, os *punitive damages* se inserem numa abordagem ampla da restituição.

Em uma análise mais acurada, a imposição de uma modalidade indenizatória de desestímulo, como se verificou dos dos três modelos *supra*, tem sempre como desiderato, em última medida, o desestímulo à conduta do lesante. Esse desestímulo pode ser alcançado a partir de diversas perspectivas (do erro na execução, dos benefícios ilícitos, dos abusos da regras de propriedade, etc.). Ele é alcançado, em um patamar ótimo, quando se retira do lesante as utilidade obtidas com a conduta, ou seja, quando se restitui o lesante ao *status quo ante*.

A doutrina que ivoca o caráter meramente reparatório das indenizações no ordenamento pátrio ignora que, em última análise, os *punitive damages* constituem em verdade uma perspectiva reparatória mais completa, que leva em consideração não apenas a situação da vítima, mas também a situação do lesante, de forma que a restituição do *status quo ante* não se restringe apenas à condição da daquela. Restituir apenas a vítima à sua situação inicial, seria reparar o *status quo ante* de forma parcial, incompleta. Daí concluir que, mesmo sob o argumento de que o ordenamento pátrio cristalizaria por meio da redação do art. 944 do Código Civil de 2002 um viés meramente reparatório das indenizações, não procederia a rejeição aos *punitive damages* em virtude disso, pois as modalidades indenizatórias punitivas são em verdade uma forma de reparação em termos de riqueza total, ou seja, são uma visão mais ampla do problema da restituição. Nesse sentido, cabe, por fim, concluir com a crítica de Mendonça à ivocação do discurso da função meramente reparatória, pois sob o discurso de proteção da vítima, acaba-se por prejudicá-la. *in verbis*:

Sob o argumento de que o foco da responsabilidade civil deve recair sobre a vítima, sem maior alusão à reprovabilidade do ato, nos moldes supostamente exigidos pelo atual estágio da disciplina, acaba por ser deixada em segundo plano a qualificação da conduta danosa. E então o discurso, concebido em favor da própria vítima, acaba por prejudicá-la. O vício, que se repete na jurisprudência, pode fazer com que o dano seja mais vantajoso do que evitá-lo, eliminando-se de vez toda a coerência – econômica e axiológica – da responsabilidade civil.⁵⁹

⁵⁹ MENDONÇA, Diogo Naves. *Op. Cit.* p. 129.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Repensar a Responsabilidade Civil e adequá-la à realidade fática de um ambiente de produção em massa requer uma análise teleológica desse sistema. Essa análise perpassa necessariamente por uma perspectiva funcionalista da Responsabilidade Civil, em que se tenha como horizonte não apenas a reparação dos danos, mas antes de tudo, a dissuasão dos eventos danosos.

Os *punitive damages* se inserem, portanto, nesse contexto de busca por um sistema de responsabilidade civil eficiente. A eficiência a que se faz referência não se reduz a um conceito genérico de eficiência econômica, mas aduz-se à eficiência do sistema de responsabilidade civil em atingir o seu fim mais primordial: evitar a ocorrência do evento danoso, funcionando como um mecanismo de pacificação social.

Não é negado o papel reparador da responsabilidade civil. Muito pelo contrário, a perspectiva funcionalista da responsabilidade civil que culmina com a criação de modalidades punitivas de indenização busca, em verdade, ampliar o conceito de reparação para levar em consideração não apenas o dano sofrido pelo lesado, mas também a vantagem obtida pelo lesante. Para essa perspectiva da Responsabilidade Civil, além de colocar a vítima no estado em que se encontrava antes do evento danoso, a restituição do lesante ao *status quo ante* se mostra à medida que melhor se coaduna com o aspecto dissuasório desse sistema.

A criação de modalidades indenizatórias punitivas no âmbito do direito civil, no entanto, enfrenta diversas críticas. A maioria aponta para a preocupação com a ausência de parâmetros objetivos para a fixação do montante dessas parcelas indenizatórias. No âmbito penal, esse problema é resolvido por um rígido sistema de dosimetria de cálculo da pena e tipificação de condutas. Diante disso, buscou-se superar o problema da ausência de critérios para a fixação do montante indenizatório punitivo com a proposta de modelos de cálculo dessa parcela indenizatória. Esses modelos têm como fundamento os conceitos trazidos da análise econômica do direito e revisitados no Capítulo 1, e sugerem formas de cálculo do montante punitivo que se coadunem simultaneamente com o caráter dissuasório da responsabilidade civil e com o respeito à ampla defesa e o contraditório no que diz respeito ao autor do evento danoso.

A criação de uma modalidade indenizatória punitiva calcada em parâmetros objetivos de cálculo, ao evitar a ocorrência do evento danoso, constitui um poderoso instrumento de

pacificação social, e essa perspectiva da responsabilidade civil se cristaliza na máxima de que melhor do que reparar o evento danoso, é impedir a sua ocorrência.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral & Indenização Punitiva: Os punitive damages na experiência do Common Law e na perspectiva do Direito Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ARAGÃO, Alexandre Santos. **Interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira. **Cadastros de restrição ao crédito. Conceito de dano moral**. Estudos e Pareceres de Direito privado. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____, Antônio Junqueira. **Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social**. *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CALABRESI, Guido; MELAMED, A. Douglas. **Property rules, liability rules and inalienability: one view of the cathedral**. Harvard Law review, v. 85m 1972.
- CAMARGO, Paulo Sergio Uchoa Fagundes Ferraz de. Danos Punitivos. In: DONNII, Rogério; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco (Coord.). **Revista Brasileira de Direito Civil Constitucional e Relações de Consumo**. Abril/junho 2010.
- COASE, Ronald H. **The Problem os Social Cost**. *Journal of Law and Economics*, v. 3, 1960.
- COOTER, Robert ; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. Ed. Porto Alegre : Bookman, 2010.
- COOTER, Robert. **The Confluence of justice and efficiency in the economic analysis of Law**. In: PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles K. (Coord.). *The origins of Law and Economics – Essays by the Founding Fathers*. Cheltenham: Edward Elgar, 2005.
- DENARI, Zelmo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GONÇALVES, Vítor Fernandes, **A análise econômica da responsabilidade civil extracontratual**. RF, Rio de Janeiro: Forense, v. 357, 2001. p. 159.
- HADDOCK, David D.; MCCHESENEY, Fred S.; SPIEGEL, Menahem. **Um fundamento econômico ordinário para sanções legais extraordinárias**, In: SALAMA, Bruno Mayerhof (Coord.). *Direito e Economia – Textos escolhidos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 152.
- MACKAAY, Ejan. **Law and Economics: what's in it for us civilian lawyers**. In: DEFFAINS, Bruno; KIRAT, Thierry (Coord.). *The economics of legal relationships – Law and economics in civil Law countries*. Amsterdam: Elsevier Science, 2001. v. 6
- MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012.

POLINSKY, A. Mitchell. **An introduction to Law and Economics** . 3. ed. New York: Aspen Publishers, 2003.

POLINSKY, A Mitchell; SHAVEL, Steven. **Punitive Damages: an economic analysis**. Harvard Law Review, v. 111, 1998.

POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. – (col. justiça e direito)

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Bauru: Edipro, 2000.

SEN, Armatya Kumar, **Sobre ética e economia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

TIMM, Luciano Benetti; MORAES, Livia. **Danos Punitivos (punitive damages): uma análise econômica**. Revista de Direito Empresarial. Julho/Dezembro 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.